

解析与重构刑法第 312条之行为方式

王 涛¹，赖建传²

(1.厦门大学 法学院，福建 厦门 361005 2 福建万石律师事务所，福建 厦门 361004)

[摘 要]我国现行刑法第 312条规定了窝藏、转移、收购、销售赃物罪，由于立法表述上的高度抽象性和不完善性，使得司法机关对现实生活中发生的一些相关行为难以从法条中找到定罪量刑的依据，以致使犯罪分子得以逃避刑事处罚。解析“窝藏”、保留“转移”、重构“收购”、变更“代为销售”，将刑法第 312条修改为：明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移、接受或者代为交易的，处三年以下有期徒刑，拘役或者管制，并处或者单处罚金。更利于打击此类犯罪。

[关键词]窝藏；转移；收购；销售

[中图分类号]DF626 [文献标识码]A [文章编号]1008—7966(2005)04—0037—02

我国 1979年刑法第 172条规定：“明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏或者代为销售的，处三年以下有期徒刑，拘役或者管制，可以并处或者单处罚金。”该条仅规定有窝藏、销售赃物罪。而 1997年刑法第 312条规定：“明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移、收购或者代为销售的，处三年以下有期徒刑，拘役或者管制，并处或者单处罚金。”该条在客观行为中增加了“转移、收购”两种行为方式，从而扩大了对赃物犯罪的打击范围。但由于立法表述上的高度抽象性和不完善性，使得司法机关对现实生活中发生的相关行为难以找到定罪量刑的依据。因此，本文拟结合具体案例并联系国外立法解析与重构窝藏、转移、收购、销售赃物罪的四种行为方式。

一、解析“窝藏”

在规定有赃物犯罪的各国刑法典中“窝藏”有广义和狭义之分。狭义的窝藏，如我国刑法规定的“窝藏”和日本刑法规定的“保管”，它们仅作为一种行为方式被予以规定。广义的窝藏，如瑞士、法国和意大利刑法规定的“窝藏罪”中的“窝藏”，它们不仅包括狭义的窝藏，如藏匿、隐藏、隐匿，而且还包括其他的行为方式，如“转移”、“购得”、“接受”等。

近期，我国有些学者对“窝藏”的阐述有向广义方向发展的趋势。如有的学者主张，接受犯罪分子的赠与而无偿领得赃物的行为属于窝藏赃物¹（P429）。有的学者亦认为，窝藏赃物的形式多种多样，常见的行为方式包括受赠，即无偿取得赃物¹²。

笔者认为，接受赠与不同于窝藏行为，两者的区别表现于：在接受赠与中，本犯（赠与人）丧失了对赃物的控制，行

为人（受赠人）取得了对赃物的非法律意义上的处分权；而在窝藏行为中，行为人仅是对赃物暂时的占有，是为了帮助本犯逃避司法机关的追究而暂时的予以保管，本犯仍实际控制赃物。瑞士刑法典更是明确将“接受赠与”与“藏匿”并列规定为赃物犯罪的行为方式——明知或认为一物品是他人通过财产犯罪行为所获得的赃物而接受赠与、藏匿的，处五年以下重惩役或监禁刑。与之相同的还有日本刑法的规定。其认为无偿地接受由相当于针对盗品及其他财产的犯罪的行为所领得的行为，构成无偿接受赃物罪；保管该物的行为，构成保管赃物罪。所谓“无偿地接受”，是指不支付代价而取得，包括接受赠与的场合。在取得事实上的处分权这点上与保管相区别¹³。由此可见，将接受赠与与窝藏行为相等同是不恰当的，而应将其视为一种无偿接受赃物的行为，日本刑法的规定值得借鉴。

值得注意的是，我国学者一般仅从整体上对窝藏行为加以界定，难免模糊。有的加工、改造赃物——帮助本犯将赃物进行转换，使之发生形变或质变的行为也属于窝藏赃物行为的一种。

二、保留“转移”

转移赃物罪作为现行刑法中新增的一项罪名，从它确立时起，便引起了极大的争议。学者们对其存在价值观点不一。有的学者持肯定态度，认为“这样修改，主要是为了使罪状规定更加明确、具体，同时也是针对现实中出现的新情况，对窝藏、销售赃罪的罪状进一步明示”¹³。而有的学者则持否定态度，主张“本条增设转移赃物大无必要。因为转移赃物并非一种独立的行为，而是依附于其他行为而

收稿日期：2005—05—15

作者简介：王涛（1981—），男，山东临沂人，厦门大学法学院 2003级刑法专业硕士研究生；赖建传（1977—），男，福建厦门人，福建万石律师事务所律师。

存在的,可以包含在其他犯罪构成中”^[4]。

笔者认为,转移赃物罪的增设是具有积极意义的。现实生活中,虽然窝藏、收购、代为销售赃物过程中经常伴有转移行为的发生,但并不能因此而否定“转移”这一行为方式的独立性。如甲在 A地盗窃一辆汽车,让乙帮助其转移到 B地,以便日后销售。其中,乙的行为即为不依附于他行为的“转移”,理应以转移赃物罪论处。而且,法国和日本刑法典均对“转移”这一行为方式作了类似规定。如法国刑法第 321—1条规定,明知物品来自重罪或轻罪而转移赃物之行为,构成窝藏罪。

当然,转移赃物并非仅指帮助犯罪分子搬动、运输赃物的行为,它还必须达到足以妨害司法机关查处和追缴赃物的程度。对行为人来讲,不论是否有偿,不论是否转移到预定地点,也不论转移距离的远近,亦不论在转移赃物过程中行为人是否亲自转移赃物,均可构成转移赃物罪。

还有一点需要注意,为掩饰、隐藏毒品犯罪、黑社会性质组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪以外的其他犯罪的违法所得及产生的收益之来源和性质,通过转账或者其他结算方式协助资金转移或者协助将资金汇往境外的,则应以转移赃物罪论处。

三、重构“收购”

古今中外的许多刑法都将这种故意收购赃物的行为规定为犯罪并予以一定的刑罚处罚。但我们注意到,我国现行刑法并没有采用“收买”赃物这种表述,而是称为“收购”赃物。正如有的学者所说:“从文字上说,买与购是同一意思,因而购买连同成为一个词组。收购一词虽然从通常意思来说是从各处买进,似乎与购买区别不大,但收购已经成为一个约定俗成的用语,一般表示大量的、成批的购买之意,而不是一般的、零星的、偶尔的购买。因此,我们认为,这里的购赃罪,不包括那些偶尔买赃自用,数额较小的情形,而应当是指成批量的大量收购。由此可见,立法机关在这里用收购一词而不用购买或收买一词,确实是经过推敲、用心良苦的,可以看作是立法用语明确、准确、精确的典范之一。”^[4]有的学者认为:“从严格字面意义上讲,‘收购’与‘收买’是不同的,‘收购’是为卖而买,‘收买’则是为用而买,因此对买赃自用的行为,不应以收购赃物罪定罪处罚。”^[5]

上述第一种主张肯定了买赃自用,情节严重,如一贯买赃自用或购买大量赃物自用的行为构成收购赃物罪,而第二种主张则予以否定。笔者认为,偶尔购买特定的少量赃物自用,从性质上讲并非“收购赃物”,主观恶性和危害性也不大,不宜认定为犯罪;买赃自用,情节严重的,从社会危害性上讲,应予以定罪处罚。但是,由于买赃自用性质上并非收购赃物,所以不能以收购赃物罪论处。此外,对以清偿债务(如甲向乙借款 1 万元,并以其抢得的一台笔记本电脑偿还该笔债务,乙明知是赃物而接受)、附利息的消费借贷(如甲贪污 20 万元,将其有偿借贷给乙,乙明知是赃物而接受)等名义有偿接受赃物,情节严重的行为,也难以以收购赃物罪定罪处罚。对此,我们可以参照日本刑法关于“有偿地接受赃物罪”之规定。所谓“有偿地接受”,是指以

买卖、交换盗品等,清偿债务,附利息的消费借贷等名义,提供代价而取得。

鉴于收购赃物行为的局限性,因此,笔者建议,取消“收购赃物罪”,将“无偿地接受赃物罪”与“有偿地接受赃物罪”合并为“接受赃物罪”。正如意大利刑法第 648 条第 1 款规定,以使自己或他人获取利益为目的,接受来自于任何犯罪的钱款或物品的,处以 2 年至 8 年有期徒刑和 100 万至 2000 万里拉罚金。

四、变更“代为销售”

“代为销售”,是指接受本犯的委托,为本犯销售赃物的行为。通常意义上,“销售”即为“卖出”,由此而决定“销售”的对象仅限于金钱以外的其他赃物。所以,对于行为人接受本犯委托,用本犯犯罪所得的金钱购买他物(非赃物),严重妨害司法机关追究犯罪的正常活动秩序的行为,不能以销售赃物罪定罪处罚。如果该赃款是毒品犯罪、黑社会性质组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪的违法所得及产生的收益,则适用刑法第 191 条第 1 款第(5)项“以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的”之规定,以洗钱罪论处;如果该赃款是上述四种犯罪以外的其他犯罪的违法所得及产生的收益,则无适当的法条可供援引,只能按照罪刑法定原则,不以犯罪论处,这既为本犯逃避刑事追究创造了条件,又为司法机关追缴和查获赃物带来了困难。因此,笔者建议,将“代为销售”变更为“代为交易”。因为“交易”既包括卖,亦包括买,从而将上述行为涵盖其中。

所谓“代为交易”,即接受本犯的委托,为本犯销售赃物或者以赃款购买非赃物的行为。不问有偿还是无偿,也不论是以本犯的名义还是以行为人自己的名义为本犯交易赃物。此外,行为人向本犯提供交易赃物的媒介服务或报告交易赃物的机会,如在本犯和第三人之间进行沟通、撮合、牵线搭桥,充当介绍人或中介人,为本犯交易赃物提供便利条件,也属于“代为交易”的行为。

综上所述,笔者主张,应将刑法第 312 条修改为:明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移、接受或者代为交易的,处三年以下有期徒刑,拘役或者管制,并处或者单处罚金。

参考文献:

[1] 周光权. 刑法各论讲义 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2003

[2] 吴占英. 析窝藏、转移、收购、销售赃物罪的构成特征 [J]. 怀化师专学报, 2001 (3).

[3] [日] 大塚仁. 刑法概说(各论) [M]. 冯军译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003

[4] 陈兴良. 刑法疏议 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1997.

[5] 王作富. 刑法分则实务研究(下) [M]. 北京: 中国方正出版社, 2003

〔责任编辑 王 瑾〕